



HAL
open science

L'individu entre ordre européen et ordre international : y a-t-il une spécificité du statut de l'individu en droit européen ?

Bérangère Taxil

► To cite this version:

Bérangère Taxil. L'individu entre ordre européen et ordre international : y a-t-il une spécificité du statut de l'individu en droit européen?. *Annuaire de droit européen*, 2007, 3, pp.155-183. hal-04882416

HAL Id: hal-04882416

<https://hal.science/hal-04882416v1>

Submitted on 13 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

L'individu entre ordre européen et ordre international : y a-t-il une spécificité du statut de l'individu en droit européen ?¹

La question du statut de l'individu au regard d'un ordre juridique donné, qu'il soit communautaire, européen ou international, fait naturellement référence à sa qualité de sujet de droit : la personnalité juridique est le lien mutuellement et directement établi entre l'individu et l'ordre juridique auquel il appartient et qui lui attribue cette qualité.

En droit international, il existe plusieurs définitions de la personnalité juridique internationale². Cependant, on peut prendre comme point de départ une définition composée de deux critères. Possède le statut de sujet de droit la personne qui est titulaire de droits et obligations créés par les normes internationales, et dotée de la capacité de défendre ses droits et assumer ses obligations dans cet ordre juridique. Ainsi, possession de droits (et/ou obligations) et capacité processuelle suffisent à composer la personnalité, même si des critères alternatifs peuvent intervenir.

L'individu est avant tout sujet de droit interne. Pour établir un lien avec un autre ordre juridique, il faudra donc franchir l'écran étatique qui, plus ou moins opaque, empêche le lien direct de s'établir. Ainsi, les rapports de l'individu avec un ordre juridique extérieur au cadre étatique nécessitent, pour établir leur caractère direct, un lien mutuellement établi dans un double sens. D'une part, dans un mouvement descendant, le droit extra-étatique franchit l'écran étatique pour conférer des droits à l'individu situé dans le cadre interne. Dès lors, l'analyse de l'applicabilité directe est indispensable : elle permet de suivre le cheminement de la norme à travers un écran constitutionnel d'intégration à l'ordonnement juridique interne (en termes de réception et de hiérarchie des normes), puis son arrivée dans le patrimoine de l'individu par le biais de la création de droits subjectifs, identifiés par les juges lors de l'analyse de l'effet direct. D'autre part, dans un sens ascendant, l'individu doit aussi pouvoir franchir l'écran étatique pour exercer sa capacité d'agir dans l'ordre juridique extra-étatique. Il faut donc savoir quels sont les moyens que met celui-ci à disposition de l'individu pour lui permettre d'y intervenir. La capacité processuelle de l'individu implique alors surtout l'étude de l'existence et du fonctionnement des recours juridictionnels impliquant l'individu.

Ce cadre d'analyse peut être appliqué quelque soit l'ordre juridique considéré au-delà des frontières nationales³. Or, la problématique implique ici deux espaces juridiques supra-nationaux, ordre juridique international et ordre juridique européen. Ce dernier est double, puisqu'il existe un espace juridique communautaire instauré par l'organisation d'intégration qu'est l'Union européenne ; parallèlement, le Conseil de l'Europe constitue le système juridique européen des droits de l'homme, fondé sur la Convention EDH et garanti par la juridiction régionale.

Les rapports d'interdépendance ou d'autonomie entre l'ordre international et les ordres juridiques européens font l'objet d'une littérature abondante et passionnée : elle voit schématiquement s'opposer les autonomistes, « partisans de la spécificité » du droit communautaire ou des droits de l'homme, et les internationalistes défendant la « thèse de la banalisation » de ces deux systèmes régionaux (mais internationaux)⁴. Le sujet connaît au demeurant un regain de vigueur puisque la question des régimes auto-suffisants (impliquant classiquement droit communautaire et droits de l'homme, ainsi que l'OMC) est à l'étude devant la Commission du droit international (CDI)⁵.

Chacune des juridictions européennes a affirmé puis conforté sa prétention à l'intégration et à l'originalité. Ainsi, les formules incantatoires de la CJCE sont bien connues, qui déclarent que « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système

¹ Par Bérangère Taxil, Professeure de droit à l'Université d'Angers. Le présent article a fait l'objet d'une version finalisée publiée dans l'Annuaire de droit européen, vol. 3, 2007, pp. 155-183.

² Une définition minimale conçoit le sujet comme simple destinataire de normes internationales ; une définition maximale affirme le sujet comme auteur de droit international. Une définition intermédiaire présente le sujet comme à la fois titulaire de droits et d'obligation et capable de les défendre et assumer dans l'ordre international.

³ C'est ainsi que l'une des rares études du statut de l'individu dans l'ordre communautaire présente d'abord les rapports d'immédiateté normative, puis d'immédiateté juridictionnelle : M. TORRELLI, *L'individu et le droit de la CEE*, Presses de l'Université de Montréal, 1970, 396 p.

⁴ On peut voir utilement les arguments de D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in SFDI, *droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 1999, pp. 209 s. L'auteur y souligne avant tout le processus de constitutionnalisation du droit communautaire. A l'opposé, A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol.5-2, 1994, pp. 193 s. Enfin, récemment, J.P. JACQUE, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC* 2007, no. 69, pp. 3-37.

⁵ Etudes sur la fragmentation du droit international menées par Martti Koskenniemi : voir le rapport 2006 de la CDI, A. CN.4/L. 682, chap. VI (www.un.org/law/ilc). Egalement B. SIMMA, « Of Planets and the Universe : Self-contained Regimes in International Law », *EJIL* 2006, vol. 17-3, pp. 483-529.

juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité... »⁶. La conséquence pour les individus est également connue : face à un ordre juridique international qui ne considérerait que les Etats, «*la Communauté constitue un nouvel ordre juridique... dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants* »⁷. La CourEDH, quant à elle, a également revendiqué sa spécificité, considérant que «*à la différence des traités internationaux de type classique [...la CEDH] déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants* »⁸. Le système CEDH instaure ainsi un ordre public européen, la Cour affirmant en 1961 que «*les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers...* »⁹

La question qui se pose ici n'est donc pas de savoir si l'individu est sujet de droit(s) européen(s) – il l'est –, ni même s'il est *vraiment* sujet de droit international¹⁰. Le temps s'éloigne où l'on pouvait affirmer sans nuance que l'ordre juridique international ne comporte que des sujets étatiques tandis que les ordres européens s'adressent aux individus. Les affirmations doctrinales qui persistent en ce sens semblent résonner comme des pétitions de principe auxquelles il est permis de ne pas adhérer¹¹.

Il nous faut en revanche savoir si cette personnalité diffère fondamentalement lorsque le regard est porté d'un système à l'autre. C'est en effet le propre de la «*spécificité* » que d'être unique en son genre. Resurgit donc aussitôt la vieille querelle traditionnelle de l'autonomie des ordres juridiques, vue cette fois-ci sous l'angle de leurs sujets. Existe-t-il, pour l'individu, une personnalité européenne qui possède son caractère et ses lois propres, qui ne se rattache ni ne dépend d'aucune autre ? S'agit-il d'une personnalité *sui generis* ? Ne s'agit-il pas plutôt d'une originalité (que l'on ne peut nier) matérielle mais non conceptuelle, d'une condition individuelle enrichie par des droits plus nombreux, par des possibilités d'action élargies, par rapport à une condition internationale embryonnaire ? En bref, entre personnalité internationale et personnalité européenne, y a-t-il différence de degré ou de nature ?

Nul ne songe à nier l'originalité de la construction européenne, modèle unique (et par exemple seule intégration régionale membre de l'OMC), ni le caractère abouti du modèle européen des droits de l'homme (même par rapport à ses «*copies* » sud-américaine et africaine). Cela ne signifie pas pour autant que le lien juridique entre individu et ordre européen soit fondamentalement différent. Pourtant, à travers l'étude de l'immédiateté descendante des normes européennes, on pourra constater que leur chemin jusqu'à l'individu est certainement plus court. Quant à la route de l'individu jusqu'aux juridictions européennes (immédiateté ascendante), elle semble également plus directe et plus large. L'individu semble donc plus facilement titulaire de droits d'origine européenne, et doté d'une capacité processuelle élargie dans l'espace juridictionnel européen.

I. L'IMMEDIATETE DESCENDANTE, OU L'INDIVIDU DESTINATAIRE DES NORMES EUROPEENNES

Pour que les normes internationales puissent conférer des droits invocables aux individus, il faut d'abord qu'elles soient insérées dans l'ordre juridique interne et dotées d'une certaine primauté, dans le respect des règles constitutionnelles nationales. Or, on peut constater que les normes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe sont parfois reçues selon des modalités particulières (A). En outre, leur invocabilité devant les juridictions nationales peut paraître renforcée, notamment par l'appréciation de l'effet direct et la multiplication des cas de production d'effets juridiques sur la situation des particuliers (B).

A. A travers l'écran constitutionnel : l'insertion particulière des droits européens dans les ordres juridiques internes

Au-delà des considérations idéologiques, d'un point de vue technique, les options monistes ou dualistes déterminent encore largement le caractère plus ou moins automatique de la validité interne des normes

⁶ CJCE 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, 6/64. Les décisions des différentes juridictions peuvent être consultées sur leurs sites Internet respectifs.

⁷ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62.

⁸ CourEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*. Il s'agissait de la première requête interétatique.

⁹ CourEDH, 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*.

¹⁰ Qu'on nous permette de faire un raccourci saisissant : il l'est... de plus en plus. B. TAXIL, *Recherches sur la personnalité juridique internationale : l'individu, entre ordre interne et ordre international*, Thèse Paris I, nov. 2005, 785 p.

¹¹ Ainsi F. SUDRE, se fondant essentiellement sur le caractère limité et précaire des recours internationaux ouverts à l'individu, affirme encore que «*l'ordre juridique international ne connaît comme sujets de droit que les Etats et, par extension, les organisations interétatiques, l'individu ne pouvant accéder au droit international que par le biais de la protection diplomatique* » : F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 8^{ème} édition, 2008, p. 87.

internationales, ainsi que leur rang dans la hiérarchie des normes ¹². Or, lorsqu'il s'agit des traités européens, certaines particularités surgissent, tenant soit à la logique de l'intégration communautaire, soit à la matière dédiée aux droits de l'homme (1). Les actes unilatéraux internationaux, quant à eux, font l'objet de pratiques constitutionnelles peu homogènes au sein des Etats européens, sauf dans un cas : le droit dérivé de l'intégration communautaire est véritablement considéré de manière spécifique (2).

1. Un traitement hiérarchique préférentiel pour certains traités européens

Qu'il s'agisse de la ConventionEDH (a) ou des traités communautaires (b), leur spécificité s'est révélée au contact des systèmes dualistes, peu favorables à l'applicabilité interne des traités internationaux : sous l'influence des sanctions des juridictions européennes, ils ont ainsi ont révélé leurs contradictions en considérant à part les traités évoqués.

a. Une spécificité occasionnelle de la ConventionEDH

A la lecture des textes constitutionnels, on peut relever que deux types de clauses portent spécifiquement sur les traités relatifs aux droits de l'homme.

D'une part, certaines constitutions nationales exigent expressément leur propre interprétation au regard des normes internationales relatives aux droits de l'homme, et citent alors une série de textes internationaux ¹³. La doctrine reconnaît dans cette exigence l'attribution d'un rang "para-constitutionnel" aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ¹⁴. Cependant, sur cette première originalité, on peut souligner qu'elle n'est propre ni aux traités du Conseil de l'Europe (qui ne sont d'ailleurs pas expressément cités), ni aux Etats européens : en effet, ce principe constitutionnel est surtout caractéristique d'un certain nombre d'Etats d'Amérique Latine ayant subi l'influence espagnole.

D'autre part, certaines rares constitutions européennes accordent une place prépondérante aux traités relevant des droits de l'homme, instaurant ainsi une hiérarchie au sein même de la catégorie des traités internationaux, selon leur nature. Il s'agit de quelques Etats d'Europe de l'Est, qui ne reconnaissent la valeur supra-légale que des traités relatifs aux droits de l'homme (et à l'intégration communautaire) ¹⁵. Cependant, là encore, ce phénomène (courant sur le continent latino-américain) n'est ni spécifique aux Etats européens, ni aux traités européens. Ainsi, il s'agit d'une position presque marginale, l'immense majorité des pays (d'optique moniste) considérant l'ensemble des traités sur un pied d'égalité (exception faite de certaines rares règles constitutionnelles soit textuelles – Pays-Bas – soit préforiennes – Belgique – octroyant un rang supra-légal aux seuls traités dotés d'effet direct) ¹⁶.

En revanche, on ne peut nier que certains systèmes dualistes, plus résistants à l'application immédiate des normes internationales, ont dû s'assouplir face à la ConventionEDH. Le système juridique anglais, notamment, sous la pression de la juridiction européenne, n'a guère eu d'autre choix que de la considérer à

¹² Les affrontements idéologiques en la matière sont dépassés, personne n'affirmant plus ni l'étanchéité des rapports entre ordre interne et ordre international, ni l'existence d'un ordre juridique unique faisant primer la règle internationale sur toute règle interne. La pratique constitutionnelle des Etats démontre que selon la nature conventionnelle, coutumière ou unilatérale de la norme internationale, les solutions choisies varient au sein d'un même système.

¹³ Par exemple l'article 10.2 de la Constitution espagnole, qui dispose que "*les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne*". La Constitution portugaise contient un principe similaire, que connaissent aussi certains pays d'Europe de l'Est (Roumanie, Moldavie, notamment).

¹⁴ L'expression de para-constitutionnalité est ainsi utilisée par J. DHOMMEAUX, "Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme", *AFDI* 1995, pp. 451-452. Dans le même sens, A. BERRAMDANE affirme, au sujet de la Constitution espagnole, que "*on peut en déduire que les accords relatifs aux droits de l'homme ont une valeur quasi-constitutionnelle*": *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, Collection Logiques juridiques, 2002, p. 109.

¹⁵ La Roumanie, la République tchèque, et la Slovaquie accordent la primauté aux traités concernés, mais "seulement" sur les normes législatives. *A contrario*, aucune valeur supra-légale n'est constitutionnellement reconnue à l'ensemble des traités internationaux.

¹⁶ Traités dont aucune liste n'est donnée. Voir P. PESCATORE, "L'application judiciaire des traités internationaux dans la communauté européenne et dans ses Etats membres", in *Mélanges P.H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 363-364. P.M. EISEMANN (sous la dir. de), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique interne, étude de la pratique en Europe*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996.

part¹⁷. Ratifiée rapidement, la Convention n'avait jamais été insérée dans l'ordre juridique anglais. L'attitude des juges britanniques était par conséquent on ne peut plus claire : ainsi, Lord Denning affirmait en 1976 : *“je refuse absolument de considérer que la Convention fait partie de notre droit. Les traités et déclarations ne deviennent partie intégrante de notre droit qu'après avoir été transformés en loi par le Parlement”*¹⁸. La contradiction était évidente, entre la vocation de la Convention à être invoquée par les particuliers et l'impossibilité pour ces derniers de saisir les juges internes sur ce fondement. Après plusieurs condamnations par la CourEDH (notamment pour non respect du droit au recours effectif de l'article 13), le *Human rights Act* de 1998 procède à la réception (bien qu'incomplète) de la Convention dans l'ordre juridique anglais. Or, transposée par une loi, la CEDH n'est donc pas, en principe, dotée de primauté sur le droit interne. Si elle ne contient aucune règle hiérarchique expresse, certaines de ces dispositions, inhabituelles dans les actes de transposition, conduisent cependant à lui conférer une force quasiment inédite en droit anglais¹⁹.

b. Une réelle spécificité hiérarchique des traités communautaires dans les systèmes dualistes

Le droit communautaire, selon les principes fondamentaux de la CJCE, affirme sa propre primauté sur le droit interne. Ainsi, selon certains auteurs, *« au contraire du droit international, le droit communautaire n'est pas indifférent au type de relations qui doivent s'établir entre droit communautaire et droits nationaux ; il postule le monisme et en impose le respect par les Etats membres »*²⁰. Pour les systèmes monistes, la construction communautaire n'a généralement impliqué nulle dérogation aux règles générales d'insertion des traités internationaux, qui leur reconnaissent largement une valeur supra-légale. En revanche, les traités communautaires ont posé des problèmes bien connus aux systèmes dualistes, notamment à la Grande-Bretagne et à l'Italie.

Ainsi, pour la première, l'absence théorique de hiérarchie des normes, due au principe de souveraineté parlementaire, a été confrontée assez brutalement à la notion de hiérarchie émanant du droit communautaire. Dès lors, le Parlement anglais fut contraint (imité en cela par les autres parlements dualistes européens) d'utiliser une technique nouvelle d'incorporation globale et pour l'avenir : le *European Communities Act* de 1972 contient une clause générale qui reconnaît l'effet direct présent et à venir, du droit communautaire. Restait le problème de la primauté de ces normes sur le droit anglais, que la loi n'abordait pas. Ce sont ainsi les juges qui ont dû s'incliner. Ainsi, contrairement à tous les principes du droit anglais, le droit communautaire prime sur la loi postérieure contraire²¹. Bien qu'il faille reconnaître le traitement pour l'instant spécifique du droit communautaire (et de la CEDH), on peut s'interroger sur l'avenir de la jurisprudence britannique : le juge doit-il étendre sa jurisprudence communautaire au droit international ? Pour l'instant, le droit britannique conserve cette contradiction interne. Toutefois, il évolue et l'on peut estimer que *“le droit communautaire et de l'Union impose donc sa logique et, tel un cheval de Troie, il fait pénétrer dans son sillage le droit international public et lui imprime sa primauté sur le droit interne”*²².

¹⁷ L'Angleterre n'est, d'ailleurs, qu'un exemple, car ses difficultés face à ces traités sont partagées par les autres Etats dualistes européens. Les pays scandinaves ont ainsi procédé de façon identique pour réceptionner tant les normes communautaires que la ConventionEDH. Voir par exemple J.F. FLAUSS, *“L'incorporation de la Convention européenne dans le droit suédois”*, *Mélanges M.A. Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 141 s.

¹⁸ Voir J. DUTHEIL de la ROCHERE, *“Le droit international fait-il partie du droit anglais ?”*, in *Le droit international : unité et diversité*, Mélanges Reuter, Paris, Pedone, 1981, p. 265.

¹⁹ Ainsi, les articles 4 et 10 de la loi permettent au juge d'écarter l'application d'une loi incompatible, et confèrent aux ministres le pouvoir de modifier toute législation incompatible avec la CEDH. P.M. MABAKA, *“L'incorporation de la CEDH dans l'ordre juridique britannique”*, *RTDH* 2000-1, p. 40. Certains commentateurs estiment, au vu de cette transposition de la CEDH, que l'attitude des juges face aux normes internationales va en être profondément modifiée : voir J. JONES, *“Droit anglais”*, in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY (ss la dir. de), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 57.

²⁰ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} éd., Paris, Sirey, 2006, p. 264. Les auteurs soulignent que *« par sa nature propre, en effet, le droit communautaire possède une force spécifique de pénétration dans l'ordre juridique interne des Etats membres »* (p. 261).

²¹ House of Lords, *Factortame Ltd v. Secretary of State for transports*, 1989. Voir "Royaume-Uni", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, pp. 502-503. Ainsi, un arrêt de 2002 résume très bien l'effet du droit communautaire : *“(1) tous les droits et obligations créés par le droit communautaire sont incorporés au rang suprême dans le droit national par le European Communities Act de 1972 ; en conséquence, tout ce qui est contraire dans le droit britannique à ces droits et obligations est abrogé ou doit être amendé afin de supprimer cette incompatibilité, même si cette dernière est contenue dans la législation primaire. (2) L'Act de 1972 est un texte de nature constitutionnelle ; par suite, il ne peut être abrogé implicitement. (3) La substance de cette deuxième proposition découle, non du droit communautaire, mais du common law, qui reconnaît la catégorie des textes de nature constitutionnelle”* : voir Chronique de J. DUTHEIL de la ROCHERE, N. GRIEF, E. SAULNIER, *“L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques (2001-2002)”*, *RTDE* 2003-3, p. 475.

²² A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international, op.cit.*, p. 119.

Le système dualiste italien, confronté aux mêmes problèmes, a également du rendre les armes face au droit communautaire. En l'absence de révision constitutionnelle, la Cour constitutionnelle refusait de garantir la primauté du droit communautaire sur la loi. Après deux condamnations célèbres par la CJCE, dans les affaires *Costa c. Enel* en 1964 et *Simmenthal* en 1978, la Cour a fait progressivement évoluer sa jurisprudence en se fondant sur une interprétation extensive de l'article 11 de la Constitution, devenu le fondement implicite de la construction communautaire²³. Afin de se conformer au droit communautaire sans pour autant réviser les règles constitutionnelles, la doctrine a élaboré une nouvelle interprétation très particulière de cet article : ainsi, aujourd'hui, la jurisprudence considère que les lois d'exécution des traités peuvent déroger à la plupart des normes constitutionnelles : "*Cela revient à dire que les lois d'exécution des traités sont équivalentes (sinon supérieures) à la Constitution ou, du moins, à une partie de la Constitution. En somme, les lois d'exécution des traités, tout en étant des lois ordinaires, ont la même "force" que les lois de révision constitutionnelle*" : il s'agirait d'un phénomène tacite de révision constitutionnelle par des lois ordinaires, contrairement à ce que prévoit l'article 138 de la Constitution²⁴. Ainsi, depuis la fin des années 1970, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a changé et considère, sur le fondement de l'article 11, que les lois d'exécution des traités ne peuvent être remises en cause par des lois postérieures. Désormais, ces lois incompatibles ne sont ni abrogées, ni déclarées inconstitutionnelles, mais leur application à l'espèce est écartée. Ainsi, la pratique italienne actuelle conduit, après bien des détours, à respecter la primauté des normes communautaires.

Ce statut spécifique du droit communautaire est expliqué par l'affirmation du principe de primauté par la CJCE, ainsi que par le recours à la notion de *lex specialis*²⁵.

2. Intégration des actes unilatéraux internationaux : spécificité du droit dérivé d'intégration communautaire

Les règles constitutionnelles relatives à l'insertion et au rang hiérarchique des actes unilatéraux internationaux sont rarement explicites. Dans l'ensemble, elles assignent au droit unilatéral un statut similaire à celui des règles conventionnelles dont il découle. Ainsi, certaines clauses confèrent expressément à ces actes unilatéraux la même validité interne que le traité constitutif de l'organisation internationale qui les édicte (Pays-Bas), ou opèrent un renvoi plus général à ce traité fondateur (Portugal). Plus rarement, une clause hiérarchique leur attribue clairement le même rang que les traités (Pologne). Dans l'ensemble des textes constitutionnels, de nombreuses dispositions, formulées en termes généraux, autorisent les transferts de compétence aux organisations internationales, non nominativement désignées. Ainsi, en l'absence de précision des constitutions, c'est par un rattachement implicite au régime conventionnel que leur rang est délimité. En résumé, la pratique relative à ces types de normes internationales répond à la fois aux exigences constitutionnelles relatives aux traités, et au caractère normatif du pouvoir de décision de l'organisation internationale.

Certains Etats semblent donc appliquer la primauté conventionnelle aux actes unilatéraux, sans distinction entre droit communautaire et droit international²⁶. Cependant, une majorité des règles relatives aux actes unilatéraux, dans les constitutions européennes, portent sur l'intégration communautaire. La spécificité de l'insertion du droit communautaire dérivé s'exprime ainsi de trois façons²⁷ : par les lois générales adoptées notamment par le Royaume-Uni et le Danemark, par une disposition constitutionnelle spécifiquement destinée à

²³ Article 11 : "*L'Italie...consent, à condition de parité avec les autres Etats, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice au sein des nations...*". Contrairement aux autres pays européens, l'Italie a procédé par voie législative (et non constitutionnelle) pour réceptionner les traités communautaires. En revanche, un autre Etat dualiste, l'Allemagne, a inséré en 1992 un article 23 dit "article Europe", destiné à cet effet. C'est donc sur cette base que la doctrine de la transformation a été abandonnée pour les normes communautaires.

²⁴ La Constitution ne peut être révisée que par une loi constitutionnelle. Voir le point de vue très critique de R. GUASTINI, "*La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne*", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, No. 9, p. 120.

²⁵ Voir T. TREVES et M.F di RATTALMA, "Italie", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 388. On peut souligner également que certaines règles issues de traités en matière de droits de l'homme ont "*une résistance renforcée à l'abrogation par des lois postérieures*" du fait de leur source "*d'une compétence atypique*". La Cour constitutionnelle a ainsi fait prévaloir, en 1993, la CEDH et le PIDCP sur une disposition du code pénal.

²⁶ La Belgique et le Luxembourg se placent dans cette optique, sous condition. Ainsi, pour l'Etat belge, l'acte unilatéral est supérieur à la loi, dans la mesure où il est directement applicable : J. VERHOEVEN, "Belgique", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 141.

²⁷ Voir E. ROUCOUNAS, "*L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne*", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, notamment p. 41.

l'Union européenne²⁸, ou par une clause constitutionnelle générale de transfert de compétences, telle que l'article 88.1 de la Constitution française²⁹.

En France, les actes unilatéraux, qu'ils soient internationaux (OMS, OIT, Conseil de sécurité, etc.) ou communautaires, ont longtemps été implicitement fondés sur les règles constitutionnelles générales relatives au droit international. Ainsi, la jurisprudence française a clairement utilisé toutes les clauses constitutionnelles relatives au droit international pour reconnaître la validité du droit dérivé communautaire. En 1992, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur l'alinéa 14 du préambule pour affirmer la compétence de la France pour créer et développer une organisation "*investie de pouvoirs de décisions par l'effet du transfert de compétences*"³⁰. De plus, le Conseil d'Etat a reconnu l'applicabilité de l'article 55 de la Constitution au droit communautaire dérivé³¹. De cette assimilation aux traités internationaux, certains ont déduit, de façon peut-être trop extensive, que "*dans la mesure où la jurisprudence relative au droit dérivé communautaire ne semble pas fondée sur une quelconque spécificité de cet ordre juridique, on peut raisonnablement penser que l'article 55 inclut dans son champ d'application l'ensemble des décisions adoptées par les organisations internationales, notamment celles émanant du Conseil de sécurité de l'ONU*"³². Pourtant, sous l'effet de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel, on assiste à un mouvement d'autonomisation du fondement juridique de la place du droit dérivé produit par les institutions de l'Union. En effet, depuis 2004, la pratique de la transposition des directives communautaires est énoncée comme obligation constitutionnelle découlant de l'article 88.1 de la Constitution³³. Ainsi, cette nouvelle attitude des juges « *fonde désormais la spécificité constitutionnelle du droit communautaire et sa primauté dans l'ordre juridique interne* »³⁴.

L'article 88.1, consacré aux Communautés et à l'Union européenne, ouvre un « espace dérogoaire »³⁵ au sein de la Constitution, et permet au Conseil d'effectuer un contrôle de conventionnalité indirect (et limité) des lois de transposition des directives. Comme le résume Ph. Kovar, désormais « *le Conseil constitutionnel s'assure que la loi de transposition ne méconnaît pas de manière flagrante les dispositions de la directive dotées d'effet direct et qu'elle n'est pas manifestement contraire à sa finalité* »³⁶. Ce nouveau fondement particulier ne signifie pas que l'on reconnaisse une validité et primauté aux seuls actes communautaires par opposition à des actes internationaux qui seraient dénués d'une telle force. Cependant, cette autonomisation pourrait ainsi encore renforcer les possibilités déjà élargies d'invocation du droit dérivé communautaire, par rapport aux actes des organisations internationales à vocation universelle. D'un point de vue symbolique, c'est une reconnaissance indéniable de la particularité de l'intégration communautaire. D'un point de vue pratique, cela confirme que les juges considèrent de façon différente le droit communautaire dérivé et les actes unilatéraux internationaux, au stade de l'analyse de leur justiciabilité.

Enfin, il est important de souligner que la différence la plus marquée de traitement hiérarchique entre normes internationales et normes communautaires concerne certainement le droit non écrit (pour lequel la Constitution française est silencieuse). En effet, alors que la coutume internationale ne bénéficie pas de la primauté des normes conventionnelles, les principes généraux communautaires sont, là encore, assimilés au

²⁸ Par exemple, l'article 29.3.7 de la Constitution d'Irlande : "No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State which are necessitated by the obligations of membership of the European Union or of the Communities, or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by the European Union or by the Communities or by institutions thereof, or by bodies competent under the Treaties establishing the Communities, from having the force of law in the State".

²⁹ Certaines constitutions comportent les deux : en Allemagne, par exemple, l'article 24 affirme que la Fédération peut transférer des droits de souveraineté aux organisations internationales, tandis que l'article 23 énonce la même règle mais pour ce qui concerne uniquement l'Union européenne.

³⁰ CC, 92-308 DC relative au traité de Maastricht, *Recueil* p. 59.

³¹ Voir les conclusions M. Laroque dans les affaires *Rothmans, Philip Morris et Arizona Tobacco*, AJDA 1992, p. 213 : elle affirme que les engagements de la France sur le fondement de l'article 55 concernent le traité de Rome, "*ainsi que les mesures prises pour leur exécution qui en sont soit indissociables soit nécessairement dérivées, et donc de la même nature puisqu'elles relèvent du droit international*".

³² M.P. LANFRANCHI, "La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité", *AFDI*, 1997, p. 43.

³³ Evolution initiée par la décision du 10 juin 2004 *Loi relative à l'économie numérique*, puis précisée par le Conseil à plusieurs reprises. La position du Conseil a été reprise par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'Assemblée Arcelor, du 8 février 2007 : voir D. SIMON, « La jurisprudence récente du Conseil d'Etat : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, mars 2007, pp. 5 s.

³⁴ X. MAGNON, « La singularisation attendue du droit communautaire au sein de la jurisprudence IVG – Brèves réflexions sur la décision 2006-535 DC, 30 mars 2006, CPE », *Europe*, juin 2006, pp. 4 s. L'auteur souligne également que « *là ou l'article 55 de la Constitution maintient, selon une orientation moniste interniste, les engagements internationaux comme des sources extérieures, seul le principe de primauté étant nationalisé, l'article 88.1 marque une réception constitutionnelle du droit communautaire, proche d'une orientation dualiste, dont les effets sur le contentieux de constitutionnalité n'ont pas été mesurés dans toute leur ampleur* » (p. 5).

³⁵ J.PH KOVAR, « Vers un statut du droit d'exécution communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Décision 2006-543 DC, 30 nov.2006, Loi relative au secteur de l'énergie) », *Europe*, février 2007, pp. 4 s.

³⁶ *Ibid.*, p. 5.

régime des traités fondateurs³⁷. Ainsi, Conseil d'Etat a affirmé pour la première fois en 2001 que « *les principes généraux de l'ordre juridique communautaire déduits du Traité instituant la Communauté européenne ont la même valeur que ce dernier* »³⁸.

On peut donc généralement constater que la consistance des ordres juridiques européens exerce une pression croissante sur les systèmes internes, à laquelle les juridictions européennes ne sont pas étrangères. Ainsi, certains auteurs considèrent qu'il « *est alors permis de se demander si la différence de traitement constatée entre les principes généraux du droit communautaire et les principes généraux de droit international n'est pas à rechercher dans la crainte d'une condamnation devant la CJCE plutôt que dans une argumentation juridique qui nous semble, pour l'instant, assez fragile* »³⁹.

Quoiqu'il en soit, les prémisses de l'applicabilité directe des normes européennes marquent donc déjà une particularité relative, sans qu'aucune autonomie générale et absolue puisse être relevée dans les systèmes constitutionnels. Reste donc à envisager le cœur de la titularité des droits individuels, identifiable dans l'effet direct des normes internationales et européennes.

B. Devant les juges : effet direct et invocabilité interne renforcée des normes européennes

Si l'effet direct dépend de la qualité de la norme internationale, il est découvert et révélé par les juges internes, qui procèdent à l'analyse de l'invocabilité des normes internationales. Or, ces derniers ont recours à deux critères relativement bien établis pour identifier l'effet direct. Il s'agit, d'une part, de l'objet de la norme internationale : celle-ci doit viser à créer des droits pour les particuliers et non pas créer « exclusivement » des relations interétatiques. Il s'agit d'autre part de la nature précise et inconditionnelle de la norme⁴⁰.

Les appréciations doctrinales sont encore très divergentes quant à la capacité de principe des normes internationales à produire des effets directs sur les individus. On souligne volontiers que l'effet direct du droit communautaire, érigé en principe général depuis l'arrêt *Van Gend en Loos* de 1963, est une dérogation aux principes classiques du droit international⁴¹. Cette position est reprise aujourd'hui par certains communautaristes, pour qui l'effet direct du droit communautaire marque « *la rupture la plus profonde avec le système internationaliste* »⁴². L'opinion est bien différente chez de nombreux internationalistes, qui soulignent que la reconnaissance de l'effet direct des normes internationales progresse largement devant les juges internes⁴³. Le sentiment transparait même sous la plume de R. Abraham, dont la contribution théorique au domaine est certaine. Il soutient que « *il nous semble qu'on peut affirmer qu'en droit français, depuis l'adhésion de notre système juridique au principe moniste..., les traités internationaux, incorporés à l'ordre juridique national, ...sont généralement présumés produire des effets directs en droit interne, c'est-à-dire créer des droits subjectifs dont les particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national* »⁴⁴.

Normes européennes produiraient donc généralement des droits subjectifs pour les individus, tandis que normes internationales ne le feraient qu'à titre exceptionnel. C'est ainsi bel et bien dans l'existence d'une présomption d'effet direct que la distinction s'opère. Or, on peut souligner que malgré certaines particularités, l'opposition si radicale est loin d'être vérifiée en pratique (1). En revanche demeure le cas très exceptionnel des directives communautaires, qui bénéficient d'un régime contentieux unique, puisqu'elles sont invocables sans

³⁷D. ALLAND, «La coutume internationale devant le Conseil d'Etat : l'existence sans la primauté», *RGDIP* 1997-4, p. 1054. Conclusions G. Bachelier sous CE 6 juin 1997, *Aquarone, RFDA*, 1997, p. 1068 s. Le juge administratif a adopté un raisonnement similaire dans l'arrêt Paulin du 28 juillet 2000 au sujet des principes généraux du droit international. Voir C. CASTAING, «L'extension du contrôle de conventionnalité aux principes généraux du droit communautaire», *RTDE*, 2003-3, pp. 197-228.

³⁸CE 3 décembre 2001, *Syndicat national des industries pharmaceutiques (SNIP)*.

³⁹M. GAUTIER et F. MELLERAY, « Sources internationales et hiérarchie des normes », *Jurisclasseur administratif*, vol. 1, fasc. 21, 2004, p. 21. Egalement des mêmes auteurs, « Applicabilité des normes internationales », *ibid.*, fasc. 26, 2004.

⁴⁰Sur ce point, qui est le critère classique de l'invocabilité de tout droit « opposable », cela signifie que ne sera pas d'effet direct la norme qui « *n'est pas susceptible d'être immédiatement appliquée à des situations individuelles, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise, complète et inconditionnelle pour servir à cette fin* » : Conclusions R. ABRAHAM, sous CE 22 septembre 1997, *Mlle Cinar, RFDA*, 1998-3, p. 563.

⁴¹M. TORRELLI, *L'individu et le droit de la CEE*, *op.cit.*, p. 77.

⁴²G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 270.

⁴³En 1980, J. Verhoeven affirme prudemment qu'« *il est possible, sinon probable, que demain, dans un monde dont l'internationalisation va croissant, la présomption que connaît en cette matière le droit communautaire devienne la règle en ce qui concerne toute règle de droit international* » : J. VERHOEVEN, «La notion d'applicabilité directe du droit international», *RBDI*, 1980-2, p. 260. De même, A. Pellet et P. Daillier estiment que « *la tendance générale dans les pays occidentaux est en faveur d'une présomption d'applicabilité directe...* » : P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 232.

⁴⁴Conclusions sous CE *GISTI*, 23 avril 1997, *AJDA* 1997, p. 17.

être d'effet direct. Tout à fait marginale, cette situation pourrait être étendue au droit international et ainsi renforcer la titularité de droits internationaux par l'individu (2).

1. Une présomption d'effet direct non spécifique aux droits européens ?

L'effet direct de la CEDH est largement reconnu en droit interne : c'est le traité le plus invoqué, avec succès (a). Quant au droit communautaire, il bénéficie indéniablement de la construction communautaire qui le dote d'un effet direct généralisé, sans être absolu (b). Dans un cas comme dans l'autre, on pourra constater qu'ils peuvent être perçus comme le « Cheval de Troie » du droit international dans l'ordre interne.

a. L'effet direct accru de la CEDH

La CEDH est désormais si abondamment appliquée que cela n'appelle guère de commentaire approfondi⁴⁵. Sa vocation à l'effet direct est largement reconnue par les juridictions nationales. Ainsi, on a pu relever, en 1998, 483 décisions du Conseil d'Etat dans lesquelles ont été visées des dispositions de la CEDH⁴⁶. De façon générale, les juges acceptent l'applicabilité directe de l'article 6, relatif au droit à un procès équitable ; l'article 8, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale est également très souvent invoqué avec succès. On peut également évoquer pêle-mêle l'article 13 (droit à un recours effectif), ou encore les dispositions relatives au libre accès à l'information et à la liberté d'expression, ainsi qu'au libre exercice des activités professionnelles. En résumé, « *ni le juge judiciaire, qui a ouvert la voie, ni le juge administratif français n'ont fait de difficultés pour admettre l'applicabilité directe de la CEDH en toutes ses dispositions* »⁴⁷.

L'effet direct des conventions relatives aux droits de l'homme n'est pas spécifique à la CEDH. On peut cependant reconnaître que la possibilité d'une sanction par la CourEDH contribue certainement à une plus grande prise en compte par les juges internes. Néanmoins, les critères de l'effet direct sont les mêmes quels que soient les traités, qui sont aujourd'hui plus nombreux à y répondre. Ainsi, l'invocabilité du PIDCP est presque devenue "traditionnelle". Sans que l'on puisse conclure à l'applicabilité directe de l'ensemble de ses dispositions, de nombreux articles ont été appliqués par les juges de différents Etats. La jeune convention relative aux droits de l'enfant est également une nouvelle source de droits invocables devant les juridictions internes. Son application en France fait l'objet d'une littérature particulièrement abondante⁴⁸. L'évaluation de cet effet direct des conventions relatives aux droits de l'homme s'effectue selon les critères traditionnels relatifs au droit international : certaines clauses ne remplissent pas, soit le critère de l'objet (et le juge souligne qu'elles ne s'adressent qu'aux Etats), soit le critère de normativité (et le juge affirme qu'elles ne sont pas précises et inconditionnelles).

b. L'effet direct généralisé du droit communautaire : une présomption plus forte

Selon certains, la rupture avec le droit international s'opère en 1963, lorsque la CJCE affirme que des droits individuels « *naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie, tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires* » : par conséquent, selon les auteurs, « *le destinataire n'est donc pas le critère déterminant des effets d'une disposition communautaire. (...) Contrairement aux traités internationaux de type classique, les traités communautaires confèrent donc aux particuliers des droits que les*

⁴⁵ Sur l'effet direct des dispositions de la CEDH et ses protocoles, voir F.SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 8^{ème} édition, 2006, pp.189 s. Pour la jurisprudence administrative, voir S. RABILLER, « droit administratif et CEDH », *Jurisclasseur administratif*, fasc.26, 2004. Pour la jurisprudence judiciaire, R. De GOUTTES, « La CEDH et le juge français », *RIDC* 1999-1, pp. 7s.

⁴⁶ L. SERMET, *RFDA* 1999, p. 799.

⁴⁷ F. SUDRE, *op.cit.*, p. 195.

⁴⁸ Notamment A.D. OLINGA, "L'applicabilité directe de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant (CIDE) devant le juge français", *RTDH* 1995, pp. 678-714. La Cour de Cassation, qui refusait l'effet direct de la Convention, s'est ralliée aux positions du Conseil d'Etat : Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *Washington*, JCP G, 7 septembre 2005, II, 10115, p. 1576, conclusions C. PETIT et note C. CHABERT.

juridictions doivent sauvegarder, non seulement lorsque les dispositions en cause les visent expressément comme sujets de droits, mais encore lorsqu'elles imposent aux Etats membres une obligation bien définie »⁴⁹.

De façon générale, le droit communautaire dissocie le destinataire étatique de la norme et le titulaire individuel des droits qu'elle crée. Deux remarques peuvent être effectuées ici. D'une part, même si l'effet direct est présumé, il n'est pas absolu : de nombreuses normes communautaires issues des traités se sont vues refuser le caractère d'effet direct⁵⁰. D'autre part, certains traités internationaux parmi les plus classiquement interétatiques se sont vus reconnaître un effet direct, sans que le critère du destinataire ne soit, là non plus, déterminant. Ainsi, tel est le cas pour la Convention sur les relations consulaires de 1963. Bien avant que la Cour internationale de justice ne reconnaisse qu'elle pouvait créer des droits individuels⁵¹, le Conseil d'Etat avait accepté son invocabilité, contre les conclusions de son commissaire de gouvernement. Ce dernier, dans une analyse traditionnelle, avait mis l'accent sur ce critère de l'effet direct, «*lié à l'objet même de la convention qui peut être par nature une affaire d'Etat ou une affaire de droit pour les citoyens. On voit bien de ce chef s'opposer les conventions de procédures étatiques et les conventions établissant des droits fondamentaux*»⁵². Opposant les conventions relatives aux droits de l'homme, présumées d'effet direct, et les traités interétatiques classiques, il avait ainsi conclu au rejet de l'effet direct. Or, comme le résume R. Abraham à l'occasion d'une autre affaire, le juge administratif avait reconnu en l'espèce que «*...la convention crée des droits qui ont deux titulaires : l'Etat d'envoi, ...et l'individu, qui a le droit d'être protégé par son consul*»⁵³.

C'est donc dans l'articulation entre les deux critères de l'effet direct que la distinction entre droits européens et droit international peut être relevée : le critère de l'objet (individuel) de la norme est largement présumé pour les premiers. Toutefois, la perception des normes internationales par les juges tend à évoluer dans le même sens, par l'effet d'entraînement produit par les normes européennes.

2. Le cas exceptionnel de l'invocabilité sans effet direct des directives communautaires : un moteur pour le droit international ?

Cas exceptionnel, les directives communautaires sont invocables par les particuliers, alors même qu'elles sont dénuées d'effet direct parce que sensées être formulées en terme trop généraux⁵⁴. Si l'effet direct consiste en la création d'un droit subjectif précisément énoncé, D. Alland résume ainsi que l'invocabilité consiste à se prévaloir «*non d'un droit contenu dans la norme communautaire mais de cette norme en tant qu'elle s'insère dans une hiérarchie et s'impose au nom du principe de légalité*»⁵⁵.

Le juge administratif n'a cessé de contourner la jurisprudence Cohn-Bendit pour accepter l'invocabilité des directives, leur découvrant des effets juridiques multiples et complexes sur les individus. La directive peut donc être invoquée dans une série sans cesse élargie de cas de figure, sans pour autant conférer réellement un droit subjectif au particulier. Telle est ainsi la logique du recours pour excès de pouvoir, qui est en principe un contentieux objectif, bien que cette affirmation puisse être contestée⁵⁶. Ainsi, la directive communautaire, imposant des obligations à ses destinataires étatiques, crée pour l'individu des « droit-réflexes ». Ces effets réflexes sont principalement, de façon schématique, les effets d'interprétation, d'exclusion et de réparation. L'effet d'interprétation intervient lorsque l'individu invoque les objectifs de la directive contre le droit national : le juge est alors chargé d'interpréter le droit national à la lumière des objectifs fixés. Le résultat peut conduire, en

⁴⁹ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne, op.cit.*, p. 269. Plusieurs gouvernements ainsi que l'avocat général s'étaient fondés sur le critère de l'intention des parties pour rejeter l'effet direct d'un article du traité. Toutefois la Cour a considéré que même si l'individu n'était pas destinataire express de cette disposition, il n'en pouvait pas moins être titulaire d'un droit subjectif énoncé de manière suffisamment précise.

⁵⁰ Pour une liste des dispositions dénuées d'effet direct, voir G. ISAAC, M. BLANQUET, *op.cit.*, pp. 273 s.

⁵¹ CIJ, *LaGrand*, Allemagne c. Etats-Unis, ordonnance du 3 mars 1999, arrêt du 27 juin 2001. CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. Etats-Unis, ordonnance du 5 février 2003 et arrêt du 31 mars 2004.

⁵² Conclusions F. SCANVIC sous CE 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, RFDA 1993, p. 798.

⁵³ Conclusions R. ABRAHAM sous CE 23 avril 1997, *GISTI*, *op.cit.*, p. 17.

⁵⁴ On sait que le CE refusait l'effet direct des directives depuis l'arrêt Cohn-Bendit de 1978, tandis que la CJCE affirmait l'inverse. On sait aussi que, pas à pas, chacune des juridictions a nuancé sa position (sans pour autant l'infirmer) et que « la guerre des juges n'aura pas lieu » : P. CASSIA, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'aura pas lieu », RFDA 2001, pp. 466-470.

⁵⁵ D. ALLAND, « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *op.cit.*, p. 234.

⁵⁶ Ainsi, la thèse de N. Foulquier conteste le caractère objectif du contentieux de la légalité français, et défend fermement l'existence d'un « droit subjectif à la légalité » : N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du 19^{ème} au 20^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 2003. Il considère que « la crainte que le droit subjectif à la légalité des actes administratifs permettant d'exiger de l'administration le respect du principe de légalité, sous peine de sanction, soit la cause d'un affaiblissement de l'autorité de l'Etat et de la remise en cause du recours pour excès de pouvoir, a aussi disparu sous le poids de l'exigence de l'idéal de l'Etat de droit » (p. 691).

fin de compte, à l'annulation d'une décision individuelle créatrice de droits. L'effet d'exclusion, quant à lui, intervient lorsque le recours opte pour la voie de l'exception d'illégalité : le juge ne peut annuler la norme générale dont la violation est alléguée, mais il suspend ses effets⁵⁷. Le résultat peut être identique au précédent. Enfin, l'effet de réparation intervient lorsque le préjudice subi par l'individu entraîne la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat⁵⁸.

Par conséquent, ils impliquent tous trois des conséquences sur la situation juridique de l'individu, qui sont si proches de l'effet direct que la jurisprudence Cohn-Bendit semble désormais dénuée d'intérêt pratique⁵⁹. Cependant, on ne peut que constater que les juges considèrent les directives communautaires hors de la catégorie usuelle des normes internationales. Des appels forts et croissants de la doctrine à étendre ce régime au droit international en général, ont été émis, notamment en raison de la proximité de la nature des directives avec bon nombre de normes internationales⁶⁰. Cependant, la résistance des juges nationaux persiste encore.

Pourtant, on ne perçoit pas de distinction fondamentale dans la nature intrinsèque de ces normes. Le droit international peut ainsi parfaitement franchir l'écran étatique pour produire directement des effets juridiques pour l'individu. Peu à peu, la physionomie des textes constitutionnels et des jurisprudences évolue en ce sens. Toutefois, il est indéniable que la vocation des droits européens à l'applicabilité directe est mieux acceptée dans les droits internes, notamment sous la pression de juridictions européennes possédant un pouvoir de sanction en cas de non-respect.

II. L'IMMEDIATETE ASCENDANTE, OU L'INDIVIDU ACTEUR DANS L'ESPACE JURIDICTIONNEL EUROPEEN

Privé de *locus standi* devant la Cour internationale de justice, l'individu n'en reste pas moins capable d'agir dans de nombreuses procédures internationales (à caractère plus ou moins juridictionnel) pour défendre ses droits. Son accès aux juridictions européennes, certes très ouvert, n'est donc pas unique. Ainsi, ce n'est pas sur ce point que l'on peut affirmer une spécificité de la capacité processuelle européenne de l'individu (A). En revanche, l'espace juridictionnel européen se développe, et contribue à constituer un ordre public européen qui place l'individu en son cœur. Ici, certains mécanismes originaux, créés par le biais d'un dialogue des différents juges (nationaux, communautaires, européens), contribuent à renforcer le statut de l'individu (B).

A. Une capacité processuelle élargie devant les juridictions régionales

Bénéficiaire d'un accès direct aux procédures juridictionnelles européennes, l'individu y est indéniablement doté d'une capacité processuelle renforcée (1). Cependant, sous l'effet de l'institutionnalisation et de la juridictionnalisation de la société internationale, sa présence se fait également largement ressentir au niveau international (2).

1. L'individu, requérant privilégié de l'espace juridictionnel européen

⁵⁷ Il s'oppose à l'effet de substitution : dans un recours par voie d'action, la norme attaquée est annulée, le juge lui substituant sa propre décision. Voir O. DUBOS, "L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise", *RFDA* 2003-3, p. 570.

⁵⁸ Sur ce point, on ne peut que s'interroger sur l'existence d'un droit à réparation dissocié de la possession d'un droit subjectif. En outre, le Conseil d'Etat français accepte les recours en responsabilité sans faute de l'Etat du fait des conventions internationales, depuis un arrêt du 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, *RDP* 1966, p. 774. Une évolution significative a été produite par l'arrêt du CE 8 février 2007, *Gardedieu* (voir *infra*, II).

⁵⁹ Encore récemment on peut lire dans un commentaire sur un jugement du TA de Clermont-Ferrand que celui-ci « confirme la longue agonie et préfigure la mort annoncée de la jurisprudence Cohn-Bendit » : D. SIMON, « Nouveau contournement de la jurisprudence Cohn-Bendit ? », *Europe*, février 2007, p. 10.

⁶⁰ Ce fut notamment le cas de R. Abraham, qui soulignait que "comme les directives, ces stipulations obligent l'Etat à atteindre les objectifs qu'elles fixent en mettant en vigueur les dispositions législatives et réglementaires nécessaires. Comme les directives, elles laissent à l'Etat le choix de la forme et des moyens, en l'investissant d'une certaine marge de liberté pour arrêter le contenu des normes nationales d'application. Comme les directives, elles visent à créer des droits au profit des particuliers, qui sont fondés à se plaindre du caractère incorrect ou incomplet des mesures nationales de transposition..." : conclusions R. ABRAHAM sous CE *GISTI* 1997, *op.cit.*, p. 20. De même, H. Tigroudja invite à abandonner le critère de l'objet-destinataire de la norme internationale : H. TIGROUDJA, "Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux", *RFDA* 2003-1, p. 155.

Cet espace juridictionnel européen se compose de deux véritables juridictions devant lesquelles l'individu possède un droit de recours direct. Il peut ainsi défendre ses droits devant la CourEDH (a) comme devant la CJCE (b).

a. L'accès direct au modèle perfectionné de la CourEDH

En 1990, l'ensemble des Etats parties à la ConventionEDH avaient accepté, tant le recours individuel à la CommissionEDH, que la juridiction obligatoire de la Cour. Les conditions étaient alors réunies pour une évolution. En outre, le 40^{ème} anniversaire de la CEDH faisait peser sur les Etats une quasi obligation morale de perfectionner le mécanisme. Ainsi, le protocole No. 9 modifie l'organe auquel les individus peuvent s'adresser : *"la Cour européenne devient la seule Cour internationale devant laquelle les individus disposeront d'un "droit d'action en justice" les autorisant à mettre en accusation un Etat, et de surcroît leur propre Etat national"*⁶¹. Le Protocole No. 11, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, achève la juridictionnalisation du système en créant une nouvelle Cour en tant qu'organe unique et permanent. En outre, le recours individuel à la Cour n'est plus soumis au consentement des Etats, la simple ratification du Protocole ayant entraîné cette compétence obligatoire de la Cour⁶². Dès lors, « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers » (article 34) possède un droit de recours direct devant la Cour. Ce système n'est pas unique puisque deux autres cours régionales s'inspirent de son fonctionnement. Néanmoins, il s'agit pour l'heure du seul modèle de juridiction de protection des droits de l'homme aussi abouti quant à la reconnaissance d'une capacité individuelle.

En effet, le système interaméricain n'est pas (ou pas encore) aussi perfectionné en matière de recours individuel. Ainsi, c'est à la Commission et non à la Cour que les particuliers doivent s'adresser, comme tel était le cas dans le système européen avant 1990. Cependant, à la différence de son homologue européen d'origine, la compétence de la Commission n'est pas soumise à une acceptation particulière des Etats, pour les recours individuels. En outre, l'organe juridictionnel, respectant le principe d'une procédure contradictoire, fait participer l'individu à l'instance. Sa capacité processuelle est donc indéniable, bien qu'elle s'exerce avant tout devant la Commission. Aujourd'hui, le président de la Cour estime que *"l'on devrait surmonter la conception paternaliste et anachronique donnant un rôle d'intermédiaire à la Commission entre ceux-ci (plaignants réels) et la Cour, de manière à leur donner un accès direct à la Cour"*⁶³. Enfin, il plaide non seulement pour un recours individuel direct à la Cour, mais également pour une remise en cause de la place de la Commission, afin de considérer *"la Cour en tant que seul organe juridictionnel du système de protection"*⁶⁴.

La Cour africaine, quant à elle, offre pour l'heure moins de place à l'individu. Jusqu'en 1998, son pouvoir de saisir la Commission africaine n'était qu'implicite, et n'impliquait aucun droit à réparation d'une violation⁶⁵. La création d'une Cour africaine par le protocole du 9 juin 1998 semble ainsi constituer un grand pas de principe. Entrée en vigueur le 25 janvier 2004, la Cour n'est pas encore effectivement en fonction. Cependant, on peut constater que ses compétences sont larges, et que la position de l'individu est renforcée. En vertu du protocole, les Etats peuvent déclarer accepter les recours individuels devant la Cour. En outre, il dispose que *"la Cour peut permettre aux individus et aux ONG dotées du statut d'observateur auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle conformément à l'article 34.6 de ce protocole"*. Le système semble donc se rapprocher de celui qui existait en vertu du Protocole No. 9 de la CEDH⁶⁶.

b. L'accès de l'individu à juridiction de l'Union européenne

⁶¹ J.F. FLAUSS, "Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le protocole No. 9 à la Convention européenne des droits de l'homme", *AFDI* 1990, p. 507.

⁶² Voir *Le protocole No. 11 à la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit et Justice No. 15, 1995, 195 p. Ainsi que *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le protocole No. 11*, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit et Justice, 1999, 193 p.

⁶³ A.A. CANCADO TRINDADE, "Le système inter-américain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle", *AFDI* 2000, p. 575.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 576.

⁶⁵ M. MUBIALA, "La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ?", *RGDIP* 1998-3, p. 768.

⁶⁶ Pour une analyse approfondie du mécanisme mis en place, voir F. QUILLERE-MAJZOUB, "L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'homme en Afrique", *RTDH* 2000, pp. 729-785. L'une des spécificités de ce protocole, par rapport au système européen, réside dans l'absence de clause facultative de juridiction obligatoire : dès la ratification du protocole, la compétence de la Cour s'impose aux Etats, sauf pour les communications non-étatiques soumises directement à la Cour (p. 755 s).

La capacité individuelle de saisine de la CJCE est relativement diversifiée, bien qu'on en souligne encore les limites⁶⁷. Ainsi, l'article 230 du traité communautaire (TCE) lui permet d'effectuer un recours en annulation d'un acte communautaire dont il est destinataire⁶⁸. En revanche, les possibilités de recours à l'encontre d'un acte de portée générale sont restreintes : l'acte doit concerner l'individu requérant "directement et individuellement". Le particulier peut également présenter un recours en carence (article 232 TCE) contre l'abstention d'une institution européenne de prendre une décision individuelle. Il peut enfin effectuer un recours en responsabilité (article 229 TCE) en cas de préjudice.

Le Tribunal de première instance des Communautés (TPICE) avait tenté d'élargir les conditions de recevabilité d'une action individuelle en annulation. Dans une décision du 3 mai 2002, *Jégo-Quéré c. Commission*, le Tribunal avait jugé que le caractère strict de l'interprétation traditionnelle de l'article 230 TCE ne permettait pas de garantir un accès effectif au recours juridictionnel, tel que défini par les articles 6 et 13 de la CEDH. Effectuant un pourvoi contre cette décision, la Commission argua notamment du fait que l'interprétation du TPICE est si large qu'elle conduit à confondre le droit à un recours effectif avec un droit général de recours direct des particuliers dans le contentieux de l'annulation des actes à portée générale. Cela constituait, selon elle, un abandon illicite du critère du destinataire de l'acte communautaire. L'évolution ainsi initiée par le TPICE n'aura pas eu lieu : en effet, par son arrêt du 1^{er} avril 2004, la CJCE est revenue sur cette interprétation large des conditions de recevabilité du recours en annulation⁶⁹. Dès lors, "un recours en annulation devant le juge communautaire ne saurait être ouvert à un particulier attaquant un acte de portée générale tel qu'un règlement ne l'individualisant pas d'une manière analogue à celle d'un destinataire"⁷⁰. Il n'y a donc en droit communautaire, pas plus qu'en droit international, d'*actio popularis* initiée par l'individu.

2. L'accès individuel aux procédures internationales

De nombreux indices illustrent l'évolution générale du droit international vers un accès élargi de l'individu à des procédures internationales de reconnaissance et de défense de ses droits.

Ainsi, le règlement des différends économiques emprunte aujourd'hui une réelle voie internationaliste. Non seulement les personnes privées se voient reconnaître davantage de droits substantiels par le biais des traités de protection des échanges et des investissements, mais leur capacité processuelle est considérablement accrue. En outre, si les années 1990 ont vu évoluer le droit des investissements, de la contractualisation à la conventionnalisation, ce mouvement se renforce encore aujourd'hui. En effet, on passe également d'une bilatéralisation à une multilatéralisation des traités en la matière⁷¹. Ainsi, deux conventions multilatérales récentes impliquent un règlement des différends par voie d'arbitrage CIRDI : il s'agit de celle instaurant l'ALENA (Accord de Libre-Echange Nord-Américain) signée le 17 décembre 1992 et entrée en vigueur en 1994, ainsi que le traité relatif à la Charte de l'Energie de 1994 (entré en vigueur en 1998). Or, les demandes d'arbitrages fondées sur ces traités commencent à parvenir devant les tribunaux arbitraux du CIRDI. Dès lors, on peut constater, à travers leur pratique, l'évolution de la capacité processuelle internationale des individus. Par conséquent, "on est bien dans le cas de figure de l'individu qui se réclame des droits qu'il tire d'un instrument international, ici le traité, qui attire l'Etat devant une juridiction que l'on peut dire internationale, au moins dans le cadre du CIRDI"⁷². La Convention de Washington accorde ainsi un droit de recours direct à l'arbitrage aux personnes privées, physiques et morales. En outre, la pratique du CIRDI confirme la réalité de la conventionnalisation des droits procéduraux individuels. Ainsi, dans la première sentence CIRDI fondée sur le traité ALENA, les arbitres ont affirmé que "by any standards, Article 26 is a very important feature of the ECT

⁶⁷ Sur l'accès des individus aux recours communautaires, voir surtout P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2002, 1045 p.

⁶⁸ D. WAELBROECK, A.-M. VERHEYDEN, « Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers et les actes normatifs communautaires : à la lumière du droit comparé et de la CEDH », *Cahiers de droit européen*, 1995, vol. 31-3, pp. 399-441.

⁶⁹ Après avoir rappelé l'existence de différents recours ouverts aux individus, elle estime qu'il incombe aux Etats membres de prévoir des systèmes de recours permettant d'assurer effectivement le droit individuel. La Cour renvoie ainsi à la possibilité pour le requérant de demander à l'Etat d'édicter un acte individuel qui serait alors contestable devant les juridictions nationales. CJCE, 1^{er} avril 2004, *Jégo-Quéré*, C-263/02P.

⁷⁰ Voir R. MEHDI, "La recevabilité des recours formés par les personnes physiques ou morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu...", *RTDE* 2003-1, pp. 23-50.

⁷¹ Sur cette évolution, voir P. JUILLARD, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI* 1994, vol. 250, pp. 9-216. Après avoir constaté, dans une première partie, que le droit des investissements a évolué du droit interne vers le droit international, l'auteur analyse en seconde partie le passage du bilatéralisme au multilatéralisme conventionnel.

⁷² Ch. LEBEN, "La théorie des contrats d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI* 2003, vol. 302, p. 309.

which is itself a very significant treaty for investors, making another step in their *transition from objects to subjects of international law*"⁷³.

D'autres types de procédures existent : la "chimère juridique", expression employée par P.M. Dupuy⁷⁴, caractérise ici l'organe international devant lequel des personnes privées peuvent réclamer le respect de droits, sans que la nature de la procédure mise en œuvre puisse véritablement être définie selon des critères traditionnels. Si l'organe n'est pas réellement une juridiction, il remplit néanmoins sa fonction "d'adjudication", c'est-à-dire de résoudre la question de savoir si une norme a été violée. Plusieurs organes internationaux existent ainsi, qui offrent un recours direct ou quasi-direct aux individus. Parfois "mi-politiques, mi-juridictionnelles", ils ont chacun des caractéristiques qui leur sont propres, mais ont pour point commun la place considérable faite à l'individu. On pouvait déjà constater le caractère original de la procédure établie devant le Tribunal irano-américain des différends⁷⁵. Aujourd'hui, la Commission d'indemnisation des Nations Unies⁷⁶, ou, dans un autre registre, le Panel d'inspection de la Banque mondiale, peuvent également être cités⁷⁷. Enfin, la procédure politico-diplomatique ouverte aux personnes ciblées par des sanctions du Conseil de Sécurité devant les Comités des sanctions pourrait également faire l'objet de développements en la matière. En effet, selon les « Directives régissant la conduite des travaux du Comité des sanctions », « *une personne, un groupe, une entreprise ou une entité figurant sur la liste (...) peut présenter au gouvernement du pays dans lequel il réside ou dont il est ressortissant une demande de réexamen de son cas* »⁷⁸.

Il est donc largement erroné d'affirmer que l'accès à l'individu à l'ordre juridique international ne passe que par le biais de la protection diplomatique, tandis que son chemin est direct jusqu'aux juridictions européennes. Tout cela conforte l'idée d'un « droit au recours » de l'individu, porté d'abord par un espace européen dans lequel l'individu est certes mieux intégré. On peut ainsi souligner la complémentarité des ordres juridiques, et notamment le rôle moteur de l'ordre public européen.

B. La construction de l'ordre public européen, moteur d'un ordre public international au bénéfice de l'individu ?

Le dialogue des juges appartenant aux différents systèmes nationaux et européens contribue à mettre en lumière certaines particularités des règles secondaires d'application du droit, surtout dans le cadre communautaire. Une mention particulière doit être attribuée au TPICE : celui-ci tente de compenser le déficit de protection juridictionnelle de l'individu au niveau international, et présente depuis peu des interprétations très audacieuses des règles internationales en la matière.

1. Spécificité communautaire des protections consulaire et diplomatique : dérogation aux règles internationales classiques, ou facteur d'évolution ?

L'affirmation d'un droit (primaire) à protection consulaire des citoyens de l'Union européenne est parfois considérée comme une originalité (qui tend vers l'autonomie) par rapport aux règles internationales (a).

⁷³ CIRDI, *Plama Consortium Limited (PCL) c. République de Bulgarie*, décision sur la recevabilité, 8 février 2005., p. 43 : c'est nous qui soulignons. Commentaire E. GAILLARD, "Chronique de jurisprudence du CIRDI", *JDI* 2006-1, pp. 251 s.

⁷⁴ P.M. DUPUY, Préface à l'ouvrage de A. KOLLIPOULOS, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, vol. 114, 2001, p. ix.

⁷⁵ P. DAILLIER (sous la dir. de), "Tribunal irano-américain de réclamations", première chronique, *AFDI* 1999, pp. 528-532.

⁷⁶ B. STERN, "Une procédure mi-politique, mi-juridictionnelle : le règlement des réparations dues par l'Irak à la suite de la crise du Golfe", in Y. DAUDET, *Actualité des conflits internationaux*, Colloque IEP Aix-en-Provence, vol. 2, Paris, Pedone, 1993, pp. 171-185. Ainsi, "les personnes privées s'avèrent les véritables bénéficiaires de la procédure devant la Commission, aux dépens des Etats. Ce sont elles les titulaires des droits subjectifs violés, ainsi que du droit à exiger réparation" : A. KOLLIPOULOS, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 303.

⁷⁷ Ainsi, "the panel is conceptually almost unique : combining the possibility of access of individuals and private groups to rights under international law, with the opportunity to question the activities of international organizations" : R. E. BISSEL, "Recent Practice of the Inspection Panel of the World Bank", *AJIL* 1997, vol. 91, No. 4, p. 741. Egalement L. BOISSON de CHAZOURNES, "Le panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international", *RGDIP* 2001-1, pp. 145-162.

⁷⁸ Directives adoptées le 7 novembre 2002, puis modifiées à plusieurs reprises. Elles ont créé une procédure de réexamen dans le cadre du Comité des sanctions contre les talibans (Comité 1267), qui a été étendue à tous les comités des sanctions suite à la résolution CS 1730 du 19 décembre 2006. La demande de radiation des listes peut être présentée directement, mais le « requérant » doit demander « l'appui du gouvernement ». La traduction communautaire de cette procédure fait l'objet de contentieux récents originaux : voir *infra*, B, 1.

Cette *lex specialis* (presque) dérogatoire est également envisagée au regard de la nouvelle conception du mécanisme de protection diplomatique par le TPICE (b).

a. Citoyenneté européenne et droit à protection consulaire

Un droit individuel à une « protection » consulaire est aujourd'hui affirmé dans trois cas de figure. Il est ainsi parfois posé en obligation étatique par certaines constitutions nationales⁷⁹. La Cour internationale de justice, à l'occasion des arrêts LaGrand et Avena, a également affirmé un droit de l'individu au contact avec ses autorités consulaires, conféré par l'article 36 de la Convention sur les relations consulaires⁸⁰. Enfin, et surtout, le traité communautaire fonde, sur la notion de citoyenneté, un « droit » à protection consulaire et diplomatique pour « toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre »⁸¹. Or, ce dernier cas, en ce qu'il repose, non sur un strict lien de nationalité entre l'individu protégé et l'Etat protecteur, mais sur la notion de citoyenneté, pose un problème d'articulation avec la protection diplomatique telle que conçue en droit international. Cela conduit désormais à devoir distinguer clairement la règle primaire relative à la protection consulaire, et les normes secondaires régissant le mécanisme de protection diplomatique.

Ainsi, J. Dugard, rapporteur de la CDI pour la codification du sujet, s'est heurté à ce problème. Son dernier rapport illustre les critiques : « ...la citoyenneté de l'Union ne satisfait pas à la condition de nationalité des réclamations aux fins de la protection diplomatique. Ainsi, les dispositions des traités de l'UE visant à conférer à tous les citoyens de l'Union le droit à la protection diplomatique de tous les Etats membres de l'Union sont par conséquent défectueuses – à moins qu'elles ne soient interprétées comme s'appliquant uniquement à l'assistance consulaire. Et telle semble être en effet l'intention. Bien que l'assistance consulaire ne s'exerce habituellement qu'au profit d'un national, le droit international n'interdit pas qu'une assistance consulaire soit fournie à des nationaux d'un autre Etat. Etant donné que l'assistance consulaire ne consiste pas à protéger les droits d'un Etat ni à endosser une réclamation, il n'est pas nécessaire d'appliquer le critère de nationalité de manière aussi stricte que dans le cas de la protection diplomatique »⁸².

Le droit communautaire, en l'espèce, contribue donc à octroyer une protection à l'individu, sans pour autant créer une véritable dérogation au droit international. L'article 20 TCE peut alors être interprété comme une norme primaire créant un droit individuel, à l'instar de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Il en constitue cependant une extension en élargissant le lien de nationalité autorisant l'exercice de la protection. Le rapport 2006 de la CDI expose ainsi que protection diplomatique et protection consulaire sont des procédures distinctes : non seulement quant aux autorités qui octroient l'aide, mais surtout dans le caractère préventif de la protection consulaire (qui peut intervenir avant la commission d'un fait illicite) par rapport à la nature corrective de la protection diplomatique⁸³. On pourrait également souligner que si la protection consulaire peut être conçue comme un droit individuel, la protection diplomatique reste un droit de l'Etat.

Cependant, la question resurgit actuellement : l'interprétation par le TPICE de la procédure de réexamen des sanctions du Conseil de sécurité, si elle devait être confirmée par la CJCE, poserait un problème autrement plus sérieux pour la cohérence de ce mécanisme classique.

b. Un droit à protection diplomatique en Europe ?

Le « réacheminement normatif » des décisions de sanction du Conseil de sécurité par le biais du droit communautaire permet à la CJCE d'exercer un contrôle en la matière. La jurisprudence relative aux sanctions contre les terroristes place ce domaine du droit international en relation directe avec le droit à une protection juridictionnelle effective en droit communautaire (tel que défini par les articles 6 et 13 CEDH). Or, avec les affaires *Yusuf* et *Kadi* de 2005, ainsi que les décisions *Ayadi*, *Hassan* et finalement *Organisation des Moudjahidines du Peuple d'Iran* en 2006⁸⁴, le TPICE a semblé rompre avec certains fondamentaux de la place

⁷⁹ Pour la liste des dispositions constitutionnelles, voir J. Dugard, «Premier rapport sur la protection diplomatique», A/CN.4/506, 7 mars 2000, pp. 24-26. L'auteur recense une trentaine de dispositions constitutionnelles, de pays de tous les continents, qui comportent une formule du type "les citoyens de l'Etat jouissent de la protection à l'étranger".

⁸⁰ Voir supra, note 51.

⁸¹ Article 20 TCE. Article 17 TCE : « Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre ».

⁸² J. DUGARD, «7^{ème} rapport sur la protection diplomatique», A/CN.4/567, juin 2006. J. Dugard proposait ainsi l'inclusion d'une précision dès l'article 1^{er} relatif à la définition du mécanisme : « la protection diplomatique ne s'entend pas de l'exercice de l'assistance consulaire conformément au droit international ». Cette précision n'a pas été retenue par la CDI, qui mentionne cependant la distinction dans son commentaire.

⁸³ Rapport annuel de la Commission du droit international, A/61/10, août 2006.

⁸⁴ TPICE, 12 juillet 2006, *Ayadi c/ Conseil*, T-253/02 et *Hassan c/ Conseil et Commission*, T-49/04.

de l'individu en droit international : en quelques lignes, il vient (en apparence) bouleverser les règles de la protection diplomatique.

La protection diplomatique est le mécanisme interétatique par lequel un Etat endosse une réclamation qui ne peut être directement présentée par ses ressortissants victimes d'un préjudice de la part d'un Etat étranger. Elle repose ainsi sur le lien de nationalité entre l'Etat réclamant et la victime individuelle. La codification opérée par la CDI reste conservatrice, et ne tolère qu'une exception limitée à ce lien de nationalité⁸⁵. Or, sous l'influence progressive du développement des droits de l'homme, l'interprétation des visages actuels de ce mécanisme classique évolue pour davantage prendre en compte des droits individuels⁸⁶. Mais on ne va pas jusqu'à renoncer au lien de nationalité ni à considérer l'octroi de la protection comme un véritable droit de l'individu. Comme le soulignent certains commentateurs des premières décisions du TPICE, « *en tout état de cause, aucune règle internationale ni communautaire n'impose à un Etat membre d'instituer un recours à l'encontre du refus des autorités nationales d'exercer leur protection diplomatique au profit de leur ressortissants, et encore moins d'introduire une réclamation devant le Comité des sanctions au profit de ressortissants d'Etats tiers* »⁸⁷.

Les mesures communautaires d'application des « Directives » du Conseil de sécurité sur la procédure de réexamen transposent naturellement le droit d'un ressortissant ou d'un résident de l'UE de demander à l'Etat de transmettre sa demande à l'ONU. Or, dans ses deux arrêts de juillet 2006, le TPICE étend son emprise sur la réaction de l'Etat à cette demande et semble créer non seulement de nouveaux droits pour l'individu, mais aussi et surtout un droit du ressortissant étranger. D'une part, le Tribunal pose une obligation pour l'Etat de transmettre la demande de radiation au Conseil de sécurité, « *si cela apparaît objectivement justifié au regard des informations pertinentes fournies* »⁸⁸. Pour certains, « *autrement dit, le droit communautaire impose aux Etats membres l'obligation d'accorder aux intéressés, c'est-à-dire à leurs ressortissants comme aux ressortissants d'Etats tiers établis sur leur territoire, leur protection diplomatique* »⁸⁹. Il s'agit d'une première atteinte au mécanisme classique, constituée par la rupture du lien de nationalité, ce qui revient à mettre fin à la fiction juridique de l'endossement. D'autre part, le TPICE impose ensuite au juge national d'accepter les recours dirigés contre les refus de transmission au Conseil de sécurité, « *ce qui peut le conduire à écarter, si besoin est, une règle nationale y faisant obstacle, telle une règle qui exclurait du contrôle juridictionnel le refus des autorités nationales d'agir en vue d'assurer la protection diplomatique de leurs ressortissants* »⁹⁰. C'est une seconde atteinte à la conception classique de la protection diplomatique, comme pouvoir discrétionnaire de l'Etat : les jurisprudences nationales les plus courantes considèrent les refus d'octroi de protection comme des actes de gouvernement insusceptibles de recours contentieux. Dès lors, soit la comparaison effectuée avec la protection diplomatique est très maladroite ; il ne s'agit alors que d'un exemple destiné à appuyer un droit au recours contre le refus d'un Etat de résidence de transmettre la demande individuelle (et transmettre ne serait pas protéger). Soit il s'agit bien pour le TPICE d'instaurer la protection diplomatique comme un droit opposable (y compris par des non nationaux !), et l'audace mériterait confirmation de la CJCE. Cependant, il faut souligner que sur ce point, l'évolution est en cours et certaines jurisprudences nationales acceptent de contrôler le refus d'octroi de la protection diplomatique⁹¹.

En fin de compte, la contradiction n'est finalement peut-être pas si profonde qu'il n'y parait : comme l'envisagent D. Simon et F. Mariatte, « *c'est tout le mécanisme de l'endossement des réclamations privées par un sujet de droit international qui est remis en cause, à moins d'admettre que le mécanisme de saisine du Comité* »

⁸⁵ Il s'agit de l'article 8 du projet d'articles, adopté en seconde lecture à l'été 2006, relatif à la protection diplomatique octroyée aux réfugiés et apatrides, qui se fonde ainsi sur un lien de résidence. Le projet d'articles relatifs à la protection diplomatique a été adopté par l'Assemblée générale de l'ONU par la résolution 61/35 du 4 décembre 2006. Document A.CN.4/L685.

⁸⁶ Ainsi, traditionnellement, le droit de la protection diplomatique est un droit essentiellement coutumier qui protège les étrangers. A l'inverse, les droits de l'homme sont davantage de nature conventionnelle, et protègent l'individu sans considération de nationalité. Cependant, du point de vue matériel des normes comme du point de vue personnel des sujets de droit concernés, les régimes juridiques tendent à se rapprocher. M. Pinto, par exemple, estime que les droits de l'homme ont mondialisé la protection diplomatique classique en la modifiant, notamment en remplaçant le lien de nationalité par le respect d'une légalité objective : M. PINTO, "De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme", *RGDIP* 2002, p. 513.

⁸⁷ D. SIMON, F. MARIATTE, « Le tribunal de première instance des Communautés : Professeur de droit international ? A propos des arrêts Yusuf, Al Barakaat et Kadi », *Europe*, décembre 2005, p. 6.

⁸⁸ TPICE, 12 juillet 2006, *Hassan*, §119.

⁸⁹ D. SIMON et F. MARIATTE, Le "droit" à la protection diplomatique : droit fondamental en droit communautaire ? : *Europe*, novembre 2006, p. 6.

⁹⁰ TPICE, 12 juillet 2006, *Hassan*, §122.

⁹¹ J.F. FLAUSS, "Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique : à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, Groupement X c. Conseil fédéral", *RGDIP* 2005-2, pp. 407-420. On peut signaler également que J. Dugard avait proposé à la CDI de prévoir une obligation étatique d'octroi de la protection en cas de violation du *ius cogens* (proposition rejetée) rapport CDI, 2000, *op.cit.*, p. 139.

des sanctions est distinct de l'exercice de la protection diplomatique »⁹². Or, même si le Tribunal se réfère à la protection diplomatique, cela ne signifie pas qu'il en soit question en l'espèce. Effectivement, la procédure créée par le Conseil de sécurité n'y ressemble guère : il ne s'agit pas d'une procédure **interétatique** destinée à engager une **responsabilité** internationale. Au-delà du fait qu'il s'agit d'une demande adressée à une organisation internationale et non à un Etat, l'Etat (de nationalité OU de résidence) n'endosse pas la réclamation de l'individu, il la transmet. Il ne demande pas réparation d'un préjudice subi, la procédure n'étant pas destinée à invoquer la violation d'un droit subjectif, ni de l'Etat, ni même de l'individu. Le réexamen des mesures de sanction est donc une procédure particulière, certes, mais une procédure politique de prise en compte (très relative) des droits de l'homme. Celle-ci semble d'ailleurs évoluer vers une procédure de demande directe de la part du particulier, qui n'a au demeurant aucun « droit à » radiation de la liste des sanctions, mais un droit au réexamen.

Ainsi, ces deux types de protection, importantes pour la place de l'individu en droit international, font certes plier les fondements classiques de celui-ci, mais sans les rompre : ils sont aussi révélateurs des évolutions en cours et peuvent se présenter comme un moteur dynamique pour le droit international.

2. Un dialogue des juges européens au bénéfice de l'individu : un « droit au juge » ?

Juges nationaux, juges de Strasbourg et de Luxembourg, par leurs interactions croissantes, contribuent au renforcement d'un ordre public qui place l'individu au centre des préoccupations, notamment par la revendication « d'un droit au juge ». Or, le droit international n'est pas étranger à leurs dialogues et chacun d'entre eux contribue au renforcement du statut de l'individu en droit international.

On peut tout d'abord souligner que le conseil d'Etat français prend une place dans ce dialogue. Ainsi, par deux arrêts importants du 8 février 2007, il contribue à l'articulation entre les ordres juridiques : dans l'arrêt *Gardedieu*, notamment, le Conseil d'Etat crée une nouvelle hypothèse de responsabilité de l'Etat pour violation du droit international⁹³. Or, dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Derepas s'est inspiré des règles communes relatives au droit international, au droit communautaire et à la CEDH pour constater que la violation d'un engagement international entraîne l'obligation de réparer les préjudices. Il s'agit d'une « *solution d'autant plus spectaculaire que cette responsabilité du fait de la violation des engagements internationaux ne se rattache finalement à aucun des fondements classiques de la responsabilité administrative* »⁹⁴.

En outre, l'interaction entre les deux juges européens n'est pas nouvelle, qui permet un contrôle mutuel du respect des droits fondamentaux : « *du commencement, deux visions, deux constructions, apparemment éloignées l'une de l'autre : une Europe de la coopération et une Europe de l'intégration, à chacune sa vigie : la CourEDH et la CJCE. Mais au fil du temps, un rapprochement s'est opéré entre les deux cours européennes. Leurs démarches intellectuelles se sont rejointes : toutes deux s'estiment désormais gardiennes d'un ordre public constitutionnel européen* »⁹⁵. Celui-ci, dans une logique de garantie d'un Etat de droit, implique ainsi la consécration mutuelle d'un « droit au juge » pour l'individu⁹⁶. Or, dès lors que par le biais des réacheminements normatifs, le droit communautaire se présente de plus en plus comme le relais du droit international, cela conduit au renforcement de ce droit au recours et de la garantie des droits individuels internationaux.

Ainsi, la Cour EDH, de son côté, interprète la Convention à la lumière du droit international des droits de l'homme⁹⁷. Elle effectue également un contrôle de conventionnalité indirect des actes des institutions communautaires : l'arrêt *Bosphorus* témoigne ainsi de la primauté (indirecte) de la Convention sur le système

⁹² D. SIMON et F. MARIATTE, Le « droit » à la protection diplomatique : droit fondamental en droit communautaire ?, *op.cit.*, p. 7.

⁹³ CE 8 février 2007, *Gardedieu*. Il s'agit d'ailleurs, en l'espèce, d'une responsabilité *sui generis* pour violation de la ConventionEDH. Une responsabilité sans faute pour violation des engagements internationaux existait déjà depuis l'arrêt CE 30 mars 1966 *Cie générale d'énergie radioélectrique*. L'arrêt est qualifié de « révolution tranquille » par D. SIMON, « La jurisprudence récente du Conseil d'Etat : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *op.cit.*, p. 7.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ A. BERRAMDANE, « La CourEDH, juge du droit de l'Union européenne », *RDUE*, 2006-2, p. 262. La CourEDH affirme régulièrement, depuis l'arrêt *Loizidou*, le « rôle de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains » : CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, exceptions préliminaires, 22 mars 1995, §75. Egalement dans l'arrêt *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005, §156.

⁹⁶ « *Le droit au juge est hissé par la CJCE au rang de principe général du droit communautaire, sur le fondement des articles 6 et 13 de la CEDH et de la jurisprudence de la CourEDH, mais tout en lui donnant un contenu plus extensif* » : *Ibid.*, p. 270.

⁹⁷ G. COHEN-JONATHAN, J.F. FLAUSS, « CourEDH et droit international général (2005) », *AFDI* 2005, pp. 675 s. « *L'interprétation de la convention européenne à la lumière d'engagements conventionnels liant par ailleurs l'Etat défendeur peut amener la Cour de Strasbourg à se muer en gardienne de la bonne application des engagements internationaux, surtout si ceux-ci ne sont pas susceptibles de donner lieu à un contrôle international de nature juridictionnelle directement accessible aux individus* »(p. 677).

communautaire, et octroie un « label de protection satisfaisante » des droits fondamentaux par le système communautaire⁹⁸. Il s'agit en l'espèce d'un contrôle des actes nationaux d'exécution du droit dérivé communautaire, lui-même pris en application d'une résolution du Conseil de sécurité. La CourEDH n'a cependant pas fait mention de ce dernier fait : elle n'est pas allée jusqu'à effectuer un contrôle (même indirect) de la résolution, au contraire du TPICE. Celui-ci développe actuellement une jurisprudence originale à plus d'un titre : non seulement sur la procédure « diplomatique » de réexamen des sanctions du Conseil de sécurité, mais également sur la hiérarchie des normes internationales.

En effet, depuis les arrêts *Yusuf et Kadi*, le TPICE a posé un nouveau jalon dans la reconnaissance des normes impératives du droit international par les juridictions internationales. On sait que depuis septembre 2001, le Conseil de sécurité se pose en législateur international de la lutte contre le terrorisme. On sait aussi que celle-ci porte en germe des atteintes aux libertés et que l'absence de contrôle de légalité des résolutions du Conseil y participe. Le dialogue avec le représentant de la communauté internationale, refusé par la CourEDH dans l'affaire *Bosphorus*, est donc entamé par le TPICE, lorsqu'il s'arroge le droit de contrôler (bien qu'indirectement et superficiellement) la légalité des résolutions du Conseil de sécurité au regard du *jus cogens*⁹⁹. Il s'agit véritablement d'un début bien limité et certainement maladroit¹⁰⁰ du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité ; cependant il contribue à l'idée parfois émise d'une constitutionnalisation de l'ordre juridique international¹⁰¹. Celle-ci se traduit par un début de hiérarchisation des normes internationales, ainsi que par la reconnaissance de la valeur quasi-constitutionnelle de la Charte de Nations Unies (le TPICE fait ainsi référence à plusieurs reprises à l'article 103 de la Charte), et par la plus grande implication des juges dans l'application des normes internationales. Ces contrôles accrus ont ainsi conduit le TPICE à rendre sa première décision d'annulation d'une sanction communautaire émise contre une organisation iranienne sur le fondement de la résolution 1373 du Conseil de sécurité¹⁰².

La spécificité, voire l'autonomie, des ordres juridiques européens réside surtout, pour ceux qui l'affirment avec force, dans un processus de constitutionnalisation d'un ordre public européen, qui implique donc une protection collective de droits fondamentaux composant le patrimoine juridique individuel, garantis par une hiérarchie des normes contrôlée. Or, comme l'affirme P.M. Dupuy « *il est décidément étrange de confondre le spécial avec l'autonome* », et « *on ne peut donc qu'être surpris de voir certains analystes insister sur le caractère proprement constitutionnel des traités communautaires. A n'en pas douter, en effet, les traités constitutifs, consolidés tant par l'exégèse judiciaire que par leur pratique ultérieure par les Etats membres, présentent un caractère constitutionnel ou, si l'on craint d'effaroucher les internistes, quasi constitutionnel* »¹⁰³. L'ordre international, qui s'institutionnalise, en est à ses débuts.

Dans cette perspective, le statut européen de l'individu est indéniablement plus perfectionné, plus intégré : il est facilement destinataire des normes européennes, qui se fraient un chemin plus direct à travers les écrans étatiques. Son patrimoine juridique est renforcé, par des droits plus nombreux. Quant à sa capacité d'agir, le constat est le même : les modèles européens permettent de combler certaines lacunes de sa personnalité juridique internationale, qu'ils contribuent ainsi largement à enrichir. A l'inverse, le droit international, en précisant les contours de sa responsabilité pénale internationale, complète également la palette de la personnalité

⁹⁸ Cour EDH, grande chambre, *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005. F. KAUFF-GAZIN, « L'arrêt Bosphorus de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », *LPA* 2005, no. 284, pp. 9s.

⁹⁹ En résumé, le TPICE refuse de contrôler la légalité d'un acte communautaire transposant une résolution du Conseil de sécurité (conséquence logique de son incompétence en la matière pour statuer sur la légalité de la résolution), SAUF au regard du *jus cogens*, « *entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU* ».

¹⁰⁰ Voir ainsi les critiques de D. SIMON, F. MARIATTE, « Le tribunal de première instance des Communautés : Professeur de droit international ? », *op.cit.*

¹⁰¹ Voir V. BORE-EVENO, « le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de sécurité : vers un constitutionnalisme international ? », *RGDIP* 2006, p. 859.

¹⁰² TPICE, 12 décembre 2006, *Organisation des Moudjahidines du Peuple d'Iran c. Conseil*. L'organisation a été placée sur la liste des sanctions en mai 2002, par une décision du Conseil de l'UE, découlant du règlement communautaire de mise en œuvre de la résolution 1373. Le Tribunal rappelle que la garantie des droits de la défense s'impose dans toute procédure communautaire susceptible d'entraîner une sanction. Dans les arrêts *Yusuf et Kadi*, le TPICE avait signalé la situation de compétence liée totale de l'Union quant à la liste des personnes visées par les sanctions : les droits de la défense ne s'appliquaient pas. Or, dans cette nouvelle affaire, il s'agit non plus de retranscrire les sanctions nominativement émises par le Conseil de sécurité, mais d'appliquer la résolution générale 1373. Dans ce cas, puisque l'identification des personnes nécessite une appréciation des autorités communautaires, elles doivent respecter une obligation de motivation des décisions du Conseil de l'UE.

¹⁰³ P.M. DUPUY, « L'unité du droit international », *RCADI* 2002, vol. 297, pp. 437 et 440 (chapitre consacré aux rapports entre droit international général et droit spécial).

individuelle. Sa condition européenne est ainsi dense, mais cela n'implique pas que sa personnalité internationale soit inconsistante.

Les interactions croissantes entre ordre international, ordres européens et ordres internes concourent toutes à renforcer le statut de l'individu. Elles contribuent à tisser une nouvelle configuration du réseau des ordres juridiques. Ainsi, tout comme les droits européens sont une partie (spéciale mais pas autonome) du droit international, la personnalité européenne est une branche de la personnalité internationale...qui si on la coupe, pourrait bien faire tomber l'arbre. Néanmoins, dans la nouvelle toile des réseaux juridiques internationaux, tous les chemins mènent à l'homme !

VERSION AUTEUR